A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil*

Ricardo Perlingeiro**

1. Considerações iniciais

No Brasil, o tema "judicialização das políticas de saúde"[1] continua alimentando debates nas três esferas do Poder e, naturalmente, despertando o interesse da academia e das escolas de magistratura. A recente Recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 31, de 30 de março de 2010[2], referente à assistência à saúde, e a Resolução nº 107, também do

* Adaptação do texto da palestra proferida no seminário internacional "A judicialização da saúde pública em uma perspectiva comparada franco-brasileira", organizado pela Universidade Federal Fluminense (Núcleo de Ciências do Poder Judiciário – Nupej) em parceria com a Universidade Paris Descartes (Instituto de Direito e Saúde – IDS), em Niterói/RJ, nos dias 30 e 31 de agosto de 2010.

** Juiz federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro; professor titular da Faculdade de Direito e coordenador do Núcleo de Ciências do Poder Judiciário da Universidade Federal Fluminense (Nupej/UFF); membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual; coordenador do Comitê Executivo do Conselho Nacional de Justiça para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde no Estado do Rio de Janeiro. E-mail: r.perlingeiro@terra.com.br.

1 Com muita propriedade, o conselheiro Milton Nobre, do Conselho Nacional de Justiça, registrou que: "Fala-se em 'judicialização da saúde' como se fosse uma distorção, que precisa ser combatida tal qual uma epidemia de ações judiciais, quando a observação constante da realidade, atitude metodológica essencial em qualquer ramo científico, demonstra exatamente o contrário, isto é, que a demanda judicial termina sendo, em não poucos casos, o único remédio eficaz e atualmente disponível pela sociedade para enfrentar certas disfunções ou insuficiências do sistema, as quais decorrem – e esta é a verdadeira causa a ser eliminada – da falta de regras mais claras quanto aos direitos e deveres de cada qual dos atores, bem ainda sobre as suas responsabilidades e limitações" (NOBRE, Milton. Discurso na solenidade de instalação do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, ocorrido no dia 3 de agosto de 2010, em Brasília/DF. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: dez. 2010).

2 Publicada no *Diário da Justiça eletrônico* (*DJ-e*), n. 61/2010, pp. 4-6, 7 abr. 2010.

Revista41 100413.indd 184 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2250121

CNJ, de 6 de abril de 2010[3], que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, são inequívocas demonstrações da importância e atualidade do assunto junto à sociedade brasileira[4]. Também vale mencionar o Projeto de Lei do Senado Federal nº 338, de 2007[5], que modifica a Lei nº 8.080/1990 para dispor sobre a oferta de procedimentos terapêuticos e a dispensação de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e o projeto acadêmico "O direito aos cuidados: análise comparada franco-brasileira", da Universidade Federal Fluminense, em parceria com a Universidade Paris Descartes[6]. Assinale-se, ainda, que, no cenário latino-americano, o fenômeno da

3 Publicada no *Diário da Justiça eletrônico* (*DJ-e*), n. 61/2010, pp. 6-9, 7 abr. 2010.

4 Com base na Audiência Pública 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, em abril de 2009, e nas conclusões do Grupo de Trabalho instituído pelo presidente do Conselho Nacional de Justiça (Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009), os citados atos normativos, objetivando solucionar ou minimizar o problema, indicam aos tribunais e às escolas de magistratura a adoção de diversas ações, entre as quais: 1. A proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas (Resolução CNJ nº 107, art. 2º, III); 2. A proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário (Resolução CNJ nº 107, art. 2º, IV); 3. A inclusão da legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de Direito Administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecidas pela Resolução nº 75/2009 do CNJ (Recomendação CNJ nº 31, I, *c*); 4. A incorporação do direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados, pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e Escolas de Magistratura Federais e Estaduais (Recomendação CNJ nº 31, II, *a*); 5. A realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do Ministério Público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria (Recomendação CNJ nº 31, II, *b*); 6. A celebração de convênios pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça, objetivando apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes litigantes (Recomendação CNJ nº 31, I, *a*); 7. A promoção pelas Corregedorias dos Tribunais, para fins de conhecimento prático de funcionamento, de visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas aos SUS (Recomendação CNJ nº 31, I, *d*).

5 O referido projeto de lei foi convertido da Lei 12.401, de 28 de abril de 2011. Constava do parecer da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal: "A importância do tema objeto deste relatório e a necessidade de que sejam encontradas soluções que preservem o direito de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, a proteção e a recuperação à saúde, conforme determina o art. 196 da Constituição Federal, levaram os gestores da saúde, o Poder Judiciário, o Ministério Público e segmentos representativos da sociedade civil a promover [nos últimos anos] vários debates sobre a judicialização das políticas públicas de atenção à saúde. O próprio Supremo Tribunal Federal realizou, em abril de 2009, uma audiência pública para instruir a apreciação de ações submetidas a seu julgamento, na qual cinco dos seis temas previstos estão diretamente relacionados com a judicialização da política de assistência à saúde no âmbito do SUS" (Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal. Projeto de Lei do Senado Federal nº 338, de 2007. Disponível em: <www.senadofederal.gov.br>. Acesso em: dez. 2010.

6 Projeto de ensino e pesquisa desenvolvido em conjunto pela Universidade Federal Fluminense (Núcleo de Ciências do Poder Judiciário – Nupej e Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa – PPGJA)

Revista41 100413.indd 185 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2250121

judicialização das políticas de saúde não é uma exclusividade do Brasil e pode ser encontrado, com semelhante proporção, em países, como Uruguai, Argentina, Chile, Paraguai, Colômbia, Equador, Venezuela, Bolívia, Peru e México (GILARDI, 2010)[7].

Em um plano estritamente processual, a expressão "judicialização das políticas de saúde" estará presente sempre que o direito à proteção da saúde for reclamado judicialmente perante a Administração Pública e o fundamento desse direito compreender a constitucionalidade ou a legalidade de um comportamento comissivo ou omissivo do poder público sobre políticas de saúde[8].

Um exemplo típico da "judicialização da saúde" ante os tribunais brasileiros são as demandas ajuizadas, individual ou coletivamente, contra a Administração Pública para a entrega de medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde (SUS). De fato, apesar de o SUS ser um sistema universal, igualitário, gratuito e integral[9], alguns produtos e cuidados de saúde acabam deixando de ser disponibilizados à população, basicamente em função de duas situações:[10] 1. pela falta de políticas públicas de saú-

---

e Universidade Paris Descartes (Instituto de Direito e Saúde – IDS), com o apoio da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), do Conselho da Justiça Federal (CJF) e da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (Emarf).

7 Ver, também: Chile, Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 976-07, de 26 de junio de 2008; Colômbia, Corte Constitucional, Sentencia nº T-760, de 2008; Corte Suprema de Justicia de la Nación, Derecho a la Salud, Buenos Aires, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2010; Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, Sentencia nº 159/2008, ministro redactor Tabaré Sosa, Montevideo, 30 jun. 2008; Uruguay, Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 3º Turno, Sentencia s/n, Accion de Amparo IUE 2-27081/2009, juez Pablo Eguren Casal, Montevideo, 14 jul. 2009.

8 No Brasil, a saúde é considerada um direito público subjetivo, com fundamento expresso no art. 196 da CRFB/1988 ("A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."), conforme jurisprudência da Corte Constitucional brasileira (Brasil, Supremo Tribunal Federal, STA 175 AgR/CE, rel. min. Gilmar Mendes, *DJ-e* 76, 30 abr. 2010, p. 70). Quanto ao enfoque processual constitucional ou administrativo do controle judicial das políticas de saúde, ver Ada Pellegrini Grinover (2008). Decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, de 6 de dezembro de 2005 (Leitsatz zum Beschluss des Ersten Senats, 1 BvR 347/98. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20051206_1bvr034798.html>. Acesso em: dez. 2010.

9 DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, pp. 71-75.

10 Extrai-se da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na STA 175, rel. min. Gilmar Ferreira Mendes, 17 mar. 2010, e também da Audiência Pública 4, que os litígios judiciais sobre o tema "direito à saúde" decorrem fundamentalmente das seguintes condutas da Administração Pública: 1. A Administração Pública (SUS) não atende à demanda devido à falta de registro do medicamento pretendido: decisão administrativa da Anvisa negando o registro do produto de saúde (inclui os puramente experimentais e sem comprovação científica da eficácia); 2. A Administração Pública (SUS) não fornece regularmente a ação de saúde (medicamento ou tratamento), apesar de registrada na Anvisa: (a) decisão administrativa fundamentada na

Revista41 100413.indd 186 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

de (leis, normas ou atuações administrativas) que suportem ou coincidam com a pretensão do indivíduo enfermo; ou 2. pelo descumprimento da Administração Pública quanto às políticas existentes, até mesmo devido à falta de uma definição clara da distribuição de competência entre os entes federativos. É certo que a "judicialização das políticas de saúde" propriamente dita estaria presente apenas na primeira situação: a da falta de políticas de saúde ou a da existência dessas políticas que, de uma forma ou de outra, inviabilizam a pretensão do cidadão a um medicamento necessário à proteção da sua saúde.

Para que os aspectos processuais da "judicialização das políticas de saúde" sejam adequadamente examinados, especialmente em vista de uma perspectiva comparada, o presente estudo limita-se às causas relacionadas com as políticas de saúde instituídas por normas ou ações administrativas, vale dizer, ao Direito Processual das causas de interesse da Administração Pública, o denominado "Direito Processual Público"[11], conhecido na Europa e nos demais países latino-americanos como "jurisdição administrativa" ou "justiça administrativa"[12]. Deixa-se para um momento posterior a análise da tutela judicial que alcança as políticas de saúde decorrentes diretamente da lei, a qual dependeria mais de princípios de jurisdição constitucional[13], e, sobretudo, porque a maioria dos litígios sobre direito público à saúde no Brasil realmente não envolve inconstitucionalidade – por ação ou omissão – de leis sobre saúde[14].

---

falta de evidência científica do cuidado ou do produto de saúde pretendidos – oferecimento de tratamento alternativo (mas que não seria adequado ao demandante); (b) decisão fundamentada na falta de evidência científica do cuidado ou do produto de saúde pretendidos – sem nenhum tratamento específico para a patologia do demandante; (c) decisão administrativa justificando tratar de novos cuidados ou produtos de saúde – não testados pelo SUS (não constam dos protocolos); 3. A Administração Pública (SUS) fornece regularmente o produto de saúde (medicamento ou tratamento) pretendida, porém, concretamente, não atende ao demandante: decisão administrativa fundamentada na inadequação do cuidado ou do produto de saúde pretendida ao demandante.

11 BUENO; SUNDFELD, 2000.

12 Pedro Aberastury (2006); Michael Adler (2010); Javier Barnes Vazquez (1993); Carlos Betancur Jaramillo (2002); Hermann-Josef Blanke; Klaus Stern (2008); Allan Brewer-Carias (1997); Francesco Caringella (2005); Juan Carlos Cassagne; Jesús Gonzaléz Pérez (2005); René Chapus (2006); Augusto Duran Martinez (2007); Eduardo García de Enterría (2007); Maria da Glória Ferreira Pinto Garcia (1994); Arturo Hoyos (2005); Ramón A. Huapaya Tapia (2006); María Jesús Montoro Chiner (Org.) (2003); Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques (França) (2007); Enrique Rojas Franco (2008); Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva; Karl-Peter Sommermann; Hermann-Josef Blanke (2009); Jan Ziekow e Helge Sodan (2006).

13 BARACHO, 2008.

14 Constatação extraída da Audiência 4, promovida pelo Supremo Tribunal Federal na STA 175: "Após

Revista41 100413.indd 187 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

Mas, na verdade, seria mesmo necessário invocarmos uma tutela judicial específica em favor do direito subjetivo público à proteção da saúde? Seriam necessários tribunais ou regras processuais especializados em saúde pública, a exemplo do sistema alemão e sua jurisdição e legislação processual de direito social[15]? Não bastariam os tribunais e regras processuais existentes e aplicáveis aos litígios públicos em geral?

A resposta pode ser perseguida a partir dos questionamentos processuais, aqueles suscitados com mais frequência pela Administração Pública nos tribunais e que aparentam estar fundamentados notadamente na especificidade do litígio, de um lado, envolvendo o direito à proteção da saúde e, de outro, o sistema público de saúde. No mesmo sentido, convém examinar os princípios básicos da jurisdição administrativa, que, também nas causas de direito à saúde, devem ser orientados pela noção de uma tutela judicial efetiva.

2. É papel do Poder Judiciário corrigir ou impor à Administração Pública medidas que indiretamente possam compreender a edição ou a revisão de políticas de saúde?

A título de exemplo da numerosa jurisprudência brasileira a respeito do tema, vale citar o caso de uma paciente portadora de deficiência física em busca do fornecimento de aparelho ortopédico necessário ao tratamento da moléstia que a afligia em decorrência de poliomielite. A Administração Pública, em uma de suas defesas, alegou inexistir obrigação de fornecimento de medicação distinta da padronizada nos programas oficiais, argumentando, para tanto, que:

---

ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, entendo ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes."

15 BUSTILLOS (2010). Lorena Ossio Bustillos registra que: "*En Alemania se discute desde el 2004 acerca de la posibilidad de reunir las jurisdicciones del derecho público, es decir unificar las jurisdicciones especiales de finanzas, de social y de materia administrativa en una, la jurisdicción de derecho público. El motor de las reformas para dicha reunificación sin embargo tiene una naturaleza de carácter prágmático ya que se trata de dar solución a un problema de saturación de jueces en una jurisdicción para permitir su traslado a otra jurisdicción. Y no así por problemas inherentes a la naturaleza de la jurisdicción*."

Revista41 100413.indd 188 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

> (...) o deferimento de pedido de medicamento pelo Poder Judiciário implica infringência ao art. 2º da Constituição (São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), na medida em que passaria a exercer atribuição específica do Poder Executivo, consistente em direcionar recursos das políticas públicas específicas já existentes para uma situação individual, ainda que aparentemente grave.

Todavia, o tribunal decidiu que,

> (...) sendo a saúde um direito social, o seu atendimento é dever do Estado, através de políticas públicas, especialmente o Sistema Único de Saúde. Essas políticas públicas constituem, conforme se depreende da Constituição de 1988, um conjunto de ações governamentais. Logo, é um direito subjetivo de caráter eminentemente constitucional, cujo prestador da obrigação é o Estado, que tem o dever de desenvolver programas necessários para que, em conjunto, os três entes públicos alcancem o fim maior que é a eficácia desse direito. Assim, com a finalidade precípua de tornar eficaz esse direito, a Constituição Federal distribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a responsabilidade por essas ações e serviços[16].

Em outra demanda, relativa ao fornecimento de equipamento de uso portátil para infusão contínua de insulina ("bomba de insulina") e de todos os insumos necessários à sua utilização, a Administração Pública, igualmente, sustentou que a pretensão deduzida ofendia o princípio da separação dos poderes, alegando que "é o Executivo quem tem competência para traçar as políticas públicas e definir quais medicamentos serão fornecidos gratuitamente à população, inclusive sopesando o direito de um indivíduo com o de todo o restante da coletividade, diante da necessidade de observância da reserva do possível". Porém, mais uma vez, o tribunal decidiu favoravelmente ao paciente, no sentido de que

> (...) é ínsito ao Estado Democrático de Direito a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos e que o próprio Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a possibilidade de questionamento judicial da negativa

16 Processo nº 0001647 (04.2008.404.7210/SC), do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, rel. juiz fed. Sérgio Renato Tejada Garcia, julgamento em 3 mar. 2010.

Revista41 100413.indd 189 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

estatal de fornecimento de fármacos diversos dos previstos nos Protocolos Clínicos do SUS, para tratamento de determinadas doenças[17].

A possibilidade de o Poder Judiciário determinar a edição ou a revisão de políticas públicas, quando instituídas por um conjunto de medidas administrativas e infralegais, é uma questão que deve ser respondida à luz dos princípios que norteiam a tutela judicial dos cidadãos em face da Administração Pública[18]. Nesse contexto, e a propósito do alcance e da intensidade do controle judicial, o Código modelo euro-americano de justiça administrativa dispõe da seguinte forma[19]:

---

17 Recurso de Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.043511-1/PR, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, rel. des. fed. Marga Tessler, julgamento em 11 fev. 2010.

18 Encontra-se em estudo no âmbito do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – Cebepej uma proposta de lei para regulamentar o procedimento judicial para controle das políticas públicas, de autoria de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (2008). Com respeito ao direito alemão, Hermann-Josef Blanke (2008) anota o seguinte: "*La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal Administrativo entende que un concepto indeterminado de la ley es plenamente verificable y que sólo en casos especiales, la Administración Pública tiene la última palabra para tomar la decisión en las constelaciones de un margen de apreciación (BVerwGE 94, 307 (309); 100, 221 (225)). Con el fin de revisar las decisiones en el marco de exámenes (escuelas, universidades etc.) el Tribunal Constitucional Federal aún ha ampliado la competencia material de los tribunales declarando que la fiscalización de la arbitrariedad de una decisión de la A.P. debe ser completada por BVerfGE 84, 34 (53 ff.); vid. también BVerfGE 34, (53 ss.); 49, 89 (13); 61, 82 (111); 84, 34 (50); BVerfG, NJW 1993, 917)Otra categoría de casos en los que la Administração tiene un margen de apreciación son las decisiones administrativas con carácter pronóstico, en casos de un riesgo para el público y con carácter de planificación, especialmente en el derecho ambiental, en la* ingeniería genética *y en el derecho económico (BVerwGE 72, 300 (316 s.) con respecto a la Ley de la construcción de centrales nucleares; BVerwG, DVBl. 1999, 1139 – con respecto a la Ley de* ingeniería genética*). La idea básica aquí es la de respetar la responsabilidad especial de los ejecutivos a la hora de las evaluaciones de riesgos. Este argumento se contradice, por lo menos, por el mero hecho de que al igual que la Administração los tribunales administrativos pueden consultar peritos (F. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. ed. 2008, notas 38 ss.; Herm.-J. Blanke, Verwaltungsprozessrecht in der Klausur, 9. ed. 2008, nota 349.). Sin embargo, incluso en los casos de un margen de apreciación se reconoce una competencia de los tribunales para fiscalizar las decisiones de la A.P. Con este trasfondo y* orientándose *en el art.114 del Código de la justicia administrativa (VwGO) el tribunal examina si la A.P (Vid. Herm.-J. Blanke, Verwaltungsprozessrecht in der Klausur, 9. ed. 2008, nota 350; BVerfG, 2 BvR 1436/02 del 3.6.2003, párr. 35 con respecto a la evaluación ('*pronóstico*') de candidatos para la carrera de funcionarios: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602.htm; BVerwGE 61, 176 (186); 68, 109 (110); 86, 244 (246).*"

19 Texto elaborado em três seminários euro-americanos de investigação "Código modelo de jurisdição administrativa", organizados pelo Grupo de Pesquisa "Efetividade da Jurisdição" na Universidade Federal Fluminense, Niterói (Brasil), e na Universidade Alemã de Ciências da Administração Pública, Speyer (Alemanha), entre os anos 2008 e 2010; aprovado no III Seminário que ocorreu em setembro de 2010 em Niterói. Participaram da elaboração Pedro Aberastury, Hermann-Josef Blanke, Gabriele Bottino, David Capitant, Jesús María Casal, Diana-Urania Galleta, Ricardo Garcia Macho, Leonardo Greco, Lorena Ossio, Gilles Pellissier, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Karl-Peter Sommermann.

Revista41 100413.indd 190 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

> O Judiciário investido na jurisdição administrativa tem a missão de afirmar o Estado de Direito, controlando a legalidade da atuação administrativa, protegendo e tornando efetivos os direitos subjetivos e interesses legítimos.
> Para este fim a jurisdição decide especialmente sobre as seguintes pretensões: (a) anulação de atos ou normas administrativas; (b) condenação de fazer e de não fazer, inclusive de editar atos ou normas administrativas; (c) condenação de dar coisa certa. Não obstante, o Judiciário deve examinar a legalidade das ações ou omissões da Administração Pública. O controle da legalidade engloba tanto os vícios de competência, de procedimento e de forma (legalidade formal ou externa), quanto os de conteúdo (legalidade material ou interna). O controle do conteúdo se refere ao exame da fundamentação jurídica do ato, dos seus pressupostos fáticos e da qualificação jurídica dos fatos. Também se verifica se a Administração incorre em desvio de poder. Inclusive quando a Administração haja aplicado conceitos jurídicos indeterminados, o Judiciário pode examinar se foram corretamente interpretados e aplicados.

A respeito do controle das faculdades discricionárias, é dever do Judiciário examinar principalmente: (a) se a ação ou omissão administrativa excedeu os limites do poder discricionário; (b) se a atuação foi conforme a finalidade estabelecida na norma que outorga a faculdade; (c) se foram efetivamente vulnerados direitos fundamentais ou princípios, como o da igualdade, proporcionalidade, proibição da arbitrariedade, boa-fé e proteção da confiança legítima. O Judiciário também controla a falta do exercício de uma faculdade discricionária.

As disposições citadas não seriam distintas no caso de o conteúdo das medidas administrativas questionadas versar sobre saúde pública, exceto quanto aos aspectos técnicos, que poderiam reclamar do Judiciário uma qualificação própria em nome da qualidade da jurisdição, conforme será mencionado a seguir.

Dessa forma, não extrapola suas funções institucionais o Judiciário que, para tornar efetivo o direito à saúde, principalmente por ser considerado um direito fundamental na jurisprudência brasileira[20], adentra as políticas de saúde sujeitas a normas e ações administrativas. Esse poder, obviamente, não se limita à reparação de danos causados por uma política

20 Decisão STA 175, STF, rel. min. Gilmar Mendes.

Revista41 100413.indd 191 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

equivocada, mas inclui a revisão de políticas ou a condenação à edição de normas ou atos administrativos correspondentes[21].

3. Está o Judiciário habilitado a interferir nas tomadas de decisão de conteúdo científico em matéria de saúde?

Como já assinalado, a Resolução nº 107, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Consta do art. 2º dessa resolução que um dos objetivos do Fórum Nacional é a "proposição de medidas concretas e normativas à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas". Essa proposta é reforçada pela constatação da necessidade de os tribunais promoverem visitas dos magistrados às unidades de saúde e de as escolas de magistratura promoverem cursos e eventos sobre o tema[22].

Com efeito, a constante especialização dos tribunais é medida inerente à qualidade da jurisdição e, portanto, ao princípio da tutela judicial efetiva. Presume-se que os magistrados julguem mais adequadamente as questões que lhes forem submetidas reiteradamente sobre um mesmo assunto, conferindo-lhes a oportunidade de aprofundamento e, também, diminuindo a margem de erro.

A especialização de órgãos jurisdicionais em matéria de saúde seria referente a juízes e órgãos fracionados que exercessem jurisdição apenas sobre direito público da saúde. No Brasil, não há órgãos judiciais especializados em matéria de saúde ou de saúde pública[23]; contudo, na Europa,

21 Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos Poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais [...]. A correta interpretação do princípio da separação dos Poderes, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do Judiciário quando a Administração Pública atua dentro dos limites concedidos pela lei" (AgRg no REsp. nº 1.136.549/RS, 2009/0076691-2, rel. min. Humberto Martins).

22 Recomendação CNJ nº 31, I, *d*, e II.

23 No Estado do Rio de Janeiro, nas Varas de Fazenda Pública da Capital, foi adotado um procedimento em que funcionários públicos da área da saúde (com vínculo laboral com a Administração) elaboram, dentro das próprias dependências dos tribunais, um relatório técnico sobre as demandas judiciais iniciadas e o apresentam de imediato aos juízes, que examinam o referido relatório previamente à prática de quaisquer atos jurisdicionais. Tal medida diminuiu o número de litígios, evitando o prolongamento de lides temerárias e desestimulando outras novas, isso porque o juiz é prontamente subsidiado com um posicionamento

Revista41 100413.indd 192 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

encontramos alguns exemplos que merecem atenção, como, na Inglaterra, o *Mental Health Review Tribunal*, que decide sobre interdições[24] e, na França, onde a Lei de 4 de março de 2002 (*Loi Kouchner*) e a Lei de 9 de março de 2004 (*Loi Perben II*) deram origem a certas jurisdições especializadas em saúde pública[25]. Na Alemanha, vale mencionar os "senados especiais em direito da saúde" dentro dos tribunais de direito social, conforme consta do Código de Processo Judicial de Direito Social[26].

Ademais, a possibilidade de controle judicial das questões administrativas técnicas – também denominada "discricionariedade técnica"[27] – em matéria de saúde pública é uma realidade inerente à concepção de tutela judicial efetiva. Com isso, além dos aspectos jurídicos especializados em direito da saúde, exige-se cada vez mais uma jurisdição que aborde conhecimentos técnicos científicos das áreas de saúde e de gestão de saúde para decidir tais causas.

Porém, em sistemas como o brasileiro, no qual os juízes necessariamente possuem formação jurídica, esses conhecimentos técnicos decorrem de perícia judicial, e o papel do juiz corre o risco de ser, nesse ponto, secundário e dependente[28]. De fato, com que autoridade científica um juiz –

---

oficial sobre a pretensão apresentada. Porém, substancialmente, esse procedimento é *sui generis* e não se assemelha a um tribunal com composição multidisciplinar, já que os pareceres são elaborados pela própria Administração demandada. De um lado, visa a suprir a deficiência ou mesmo a ausência do contraditório prévio nas medidas cautelares "*inaudita altera pars*", comuns nos processos sobre direito à saúde; de outro, visa a suprir uma lacuna do sistema jurídico brasileiro, que, confundindo contencioso administrativo prévio com reclamação administrativa prévia, não admite qualquer medida dessa natureza como condição prévia à propositura de uma ação judicial.

24 BRADLEY; EWING, 2007.

25 A Lei de 4 de março de 2002 (*Loi Kouchner*) é relativa aos direitos dos doentes e do sistema de saúde e inseriu dispositivos no Código da Saúde Pública, criando três polos especializados – em Paris, Lyon e Marseille – sobre as questões de direito penal da saúde. Na França, há outras jurisdições especializadas em saúde, como os tribunais inter-regionais de tarifação sanitária e social – competentes para conhecer os litígios relativos aos reembolsos "por pacotes" nos preços de diária e outras tarifas de serviços sanitários, sociais e médico-sociais de estatuto público (L. 6143-4 CSP, que instituiu cinco tribunais competentes na França: em Bordeaux, Lyon, Nancy, Nantes e Paris) – e, ainda, as jurisdições do contencioso sobre controle técnico, competentes para conhecer as falhas, abusos, fraudes e todos os fatos praticados pelos médicos, cirurgiões, dentistas, "parteiras", farmacêuticos e auxiliares médicos quando dos cuidados dispensados ou das prestações oferecidas aos segurados sociais (atos não justificados, atos fictícios, prescrições de "complacência", cotações abusivas... – art. L. 145-1CSS).

26 *Sozialgerichtsgesetz*, § 10, 2 (Alemanha. *Sozialgesetzbuch*. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/sgg/gesamt.pdf>. Acesso em: dez. 2010.

27 CASSAGNE, 2009.

28 TARUFFO, 2006; GRECO, 2010. Michele Taruffo (2006) enumera problemas importantes e de difícil solução quanto ao uso da prova científica, dando destaque ao da "*capacidade del juez para obrar realmente*

Revista41 100413.indd 193 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

apenas com formação jurídica – teria condições de discordar de um perito médico? Seria o juiz refém dos peritos? Essa é uma pergunta que gera certo desconforto e que, a princípio, justifica a recomendação do Conselho Nacional de Justiça no sentido de os tribunais buscarem meios alternativos, por meio de programas de capacitação específicos para magistrados, incluindo, por exemplo, visitas a estabelecimentos de saúde pública e eventos que congreguem magistrados com gestores de saúde[29].

Questiona-se, pois, se não seria oportuno pensarmos não apenas em um tribunal especializado, mas em um tribunal que também fosse dotado de uma composição multidisciplinar. Na França, os órgãos jurisdicionais especializados em saúde pública são providos de um médico, de um veterinário e, eventualmente, de um farmacêutico, que atuam como auxiliares permanentes do juiz: são eles funcionários públicos, e o médico, um inspetor de saúde pública que tenha cursado a Escola de Altos Estudos em Saúde Pública em Rennes[30]. Também desperta bastante interesse o exemplo alemão, cujo sistema judicial de direito social, com os juízes leigos, permitiria magistrados com formação na área de saúde para julgar litígios de direito público à saúde[31]. A grande vantagem é que, sendo verdadeiros juízes, não apenas peritos auxiliares (funcionários auxiliares), a atuação desses agentes deteria maior legitimidade em razão da independência efetiva assegurada aos juízes.

---

como peritus peritorum *en la oportunidade en que es llamado a hacer diretamente uso de conocimientos científicos en el momento de la formulación de la decisión final*". Assinala: "*El recurso a la ciencia como instrumento de racionalización de los aspectos meta jurídicos del razonamiento del juez abre, por tanto, numerosas perspectivas de indudable interés, pero también da lugar a una serie muy amplia de problemas de ardua solución, que conciernen bien sea a la validez de los conocimientos científicos de los cuales se hace uso no proceso, bien a aspectos importantísimos acerca del modo como el juez desempeña su rol y elabora sus valoraciones*." Leonardo Greco (2010) também faz referência à questão e lembra que "Dificilmente o juiz deixa de reconhecer a verdade revelada pela prova pericial, porque ele, magistrado, não é – ou não se presume ser – portador dos conhecimentos próprios do perito. Neste ponto, reside o maior risco da prova pericial, que é justamente o de transformar o perito em juiz." Anota ainda que "a dificuldade de compreensão e de avaliação de conhecimentos muito especializados também justifica certa resistência, na Alemanha e nos Estados Unidos, ao controle jurisdicional das políticas públicas, relegadas a órgãos internos de solução de conflitos da própria Administração ou de agências reguladoras, ou consideradas questões políticas a serem decididas pelas instâncias próprias". Segundo Ernesto Pedraz Penalva (2002), a dificuldade com as provas periciais exige do juiz um cuidado maior com a fundamentação das decisões, de modo que não seja permitido ao juiz agir como perito, nem ao perito agir como juiz

29 Recomendação CNJ nº 31/2010, I, *b* e *d*.

30 Ex-Escola Nacional de Saúde Pública, antes da Lei de 9 de agosto de 2004.

31 *Sozialgesetzbuch*, § 12, 3.

Revista41 100413.indd 194 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

4. Cabe ao Judiciário proteger o direito público à saúde de alguém sem considerar outros indivíduos que estejam na mesma situação?

A existência de milhares de causas sobre o tema "direito à saúde" indica estarmos diante de questões de interesse coletivo e que reclamam providências judiciais compatíveis[32]. Realmente, considerando as principais razões que dão azo a esses litígios, nota-se que o comportamento da Administração Pública questionado, na maioria das vezes, é único e de alcance geral, não se destinando apenas ao demandante[33]. Isso leva a reflexões quanto à impotência dos instrumentos processuais em vigor no Brasil em matéria de ações coletivas e se, de fato, são compatíveis com os litígios de massa de interesse da Administração e que versam sobre direito à saúde[34].

Na verdade, o Judiciário deve ser destinatário do princípio da isonomia, buscando tratar igualmente os jurisdicionados na medida em que se encontrarem na mesma situação fática. Com base nessa orientação, justificam-se instrumentos processuais, tais como as ações coletivas, as súmulas vinculantes e o processo exemplar, que também servem à ideia de um amplo acesso à justiça e à redução dos processos judiciais repetitivos ou das causas de massa.

No entanto, em se tratando de uma causa de Direito Público, na qual esteja em jogo um comportamento ou uma atuação administrativa de alcance geral, essa isonomia de tratamento por parte do Judiciário não deixa de ser uma consequência natural do dever de igualdade a que sempre esteve vinculada a Administração Pública na esfera material e extrajudicial[35]. Dessa maneira, não é possível que o Judiciário sirva de instrumento para impor à Administração, em favor apenas dos demandantes, deveres

32 Um relatório preliminar elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça aponta a existência de 112.324 (cento e doze mil trezentos e vinte e quatro) ações judiciais em matéria de direito público à saúde em curso nos tribunais estaduais e federais do Brasil (Dados preliminares relativos às demandas de assistência a saúde nos tribunais. Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11691&Itemid=1225>. Acesso em: dez. 2010).

33 Ver nota 10.

34 PERLINGEIRO, 2007, pp. 919-938.

35 CASSAGNE, 2006; GARAY, 1989. Juan Carlos Cassagne considera o precedente administrativo como verdadeira fonte do Direito Administrativo. Também vale ver Alberto F. Garay. A propósito, o art. 52, II, da Lei nº 9.784/1999 dispõe que o ato administrativo deve ter uma fundamentação específica caso deixe de aplicar a jurisprudência administrativa.

Revista41 100413.indd 195 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

estatais que pela própria essência seriam aproveitados por toda a sociedade. Não é lógico que uma atuação administrativa originariamente destinada à coletividade, uma vez judicializada, seja oponível tão somente aos demandantes ou aos que se dispuserem a demandar. Além de fragmentar ou mesmo desestruturar o sistema de saúde, esse mecanismo também evidencia um modelo excludente das minorias, daqueles que não têm acesso à justiça, rompendo com a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário[36]. Tais questões deveriam ser decididas uma única vez e com eficácia *erga omnes*. A solução, porém, não deve estar unicamente no sistema das *class actions*. Aliás, como no Brasil não há uma base sólida para um procedimento judicial próprio e compatível com a natureza diferenciada das causas de Direito Público em relação às de Direito Privado, as ações judiciais coletivas – que tradicionalmente estão mais conectadas com o Direito Privado – geram grandes expectativas sem, contudo, alcançar a efetividade desejada para a tutela dos direitos subjetivos públicos[37].

Assim, podem-se arriscar algumas propostas *de lege lata* e *de lege ferenda* para o aperfeiçoamento do sistema judiciário brasileiro no que concerne aos litígios de massa em matéria de saúde pública, e, para tanto, utilizaremos, mais uma vez, o exemplo do pedido de medicamento junto ao SUS.

O Supremo Tribunal Federal assinalou que

36 SARLET; FIGUEIREDO, 2009. A respeito da questão, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo assinalaram que "as dificuldades daí resultantes se evidenciam na prática, mormente nos casos-limite relacionados ao direito à saúde, de tal sorte que a solução judicial dessas questões, mesmo quando alcançada, não deixa de apresentar um efeito colateral questionável e até perverso, no sentido de assegurar o direito apenas àqueles que possuem meios de acesso ao Judiciário".

37 O resultado, como era de se esperar, não é o dos melhores e gera algumas perplexidades. Vejamos dois exemplos: 1. As ações coletivas, que devem ser conduzidas pelos que detiverem representatividade adequada, são dotadas modernamente do mecanismo do *opt in* e do *opt out* – típico das *class actions*. Esse sistema permite que um grupo seja incluído ou excluído do procedimento judicial coletivo (GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, 2008). Mas como seria possível que algum cidadão ou grupo de cidadãos fossem excluídos do alcance de uma decisão judicial que, por exemplo, determinasse à Administração a concessão de benefícios? Além disso, como conciliaríamos as ações individuais com as ações coletivas, tratando de questões afetas à Administração que, em razão da sua unidade, deveriam ser decididas uma única vez? Não seriam capazes de desestruturar a Administração Pública as decisões conflitantes sobre questões fundadas no mesmo comportamento administrativo? 2. As decisões judiciais em procedimentos coletivos têm um alcance territorial limitado à sede do tribunal correspondente (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997). Porém, como cingir judicialmente os atos ou comportamentos administrativos de alcance regional ou nacional cujos efeitos transcenderem tais limites territoriais? Essa ruptura não seria, também, prejudicial à regular atuação da própria Administração?

Revista41 100413.indd 196 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

> (...) o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo[38].

Na mesma direção, parte da doutrina deseja afastar dos procedimentos judiciais individualizados os pedidos de medicamentos novos, os que não estejam incluídos nas listas oficiais, sob o fundamento de que a essência dessas causas é coletiva e como tal estas devem ser decididas[39].

Entretanto, realmente não há como subtrair do cidadão o direito de invocar do Estado a prestação jurisdicional para satisfazer um direito subjetivo público qualquer ou, ainda, condicionar essa prestação jurisdicional à propositura de uma ação coletiva de iniciativa de terceiros. Isso atentaria contra o princípio da tutela judicial efetiva e o do Estado de Direito.

Com efeito, o pedido individual para que o SUS forneça ao demandante um medicamento novo corresponde ao reconhecimento judicial de que a lista oficial de medicamentos deve ser alterada, e não restam dúvidas de que esse reconhecimento é de interesse geral. Assim, partindo-se da premissa de que o Judiciário considera necessária a inclusão do medicamento na lista, a tendência natural seria o SUS não apenas entregar o medicamento ao demandante, mas, principalmente, promover (voluntariamente) a modificação da lista e disponibilizar o medicamento a todos que se encontrassem na mesma situação. Tal medida seria uma consequência indireta da decisão judicial, já que o SUS não deve agir diferentemente diante dos cidadãos. Para isso, contudo, o impacto socioeconômico e o interesse público dessa medida necessitariam ser prévia e exaustivamente discutidos no processo judicial, não sendo possível que o juiz, quando do julgamento, ignorasse tais efeitos indiretos da sua decisão.

Nesse mesmo sentido, em uma ação judicial em que foi alegada a necessidade dos medicamentos *Interferon Peguilado Alfa-2a ou Alfa-2b e Ribavirina* para o tratamento da doença hepatite crônica, do tipo C, um dos juízes do Superior Tribunal de Justiça entendeu que, "à luz dos princípios democrático, da isonomia e da reserva do possível, não há dever

38 Decisão STA 175, STF, rel. min. Gilmar Mendes, 17 mar. 2010.

39 BARROSO, 2009.

Revista41 100413.indd 197 10/04/2013 12:06:28

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

do Estado de atender a uma prestação individual se não for viável o seu atendimento em condições de igualdade para todos os demais indivíduos na mesma situação"[40].

No entanto, a solução ideal – que no Brasil dependeria de norma – seria considerar o fundamento da pretensão individual (qual seja, a alteração da lista de medicamentos) uma questão prejudicial dependente de um processo autônomo de natureza coletiva e de iniciativa de órgãos públicos dotados de independência. Esse incidente seria de competência privativa de um único tribunal e capaz de ensejar uma decisão com eficácia *erga omnes*, enquanto a causa individual originária permaneceria suspensa por prazo razoável, sem prejuízo do deferimento de medidas de urgência[41].

5. É a insuficiência do orçamento público para a saúde um obstáculo ao Judiciário para decidir sobre o direito à saúde?

Em uma demanda individual visando ao fornecimento gratuito do medicamento *Clexane 40 mg*, até dias 30 após o parto, a Administração afirmou que a pretensão encontrava óbices nas limitações orçamentárias, em face da capacidade econômico-financeira limitada dos entes públicos e da escassez de recursos para atendimento das necessidades de toda a população. O tribunal – seguindo a jurisprudência predominante – entendeu que:

> (...) a alegação genérica de limitações orçamentárias vinculadas à reserva do possível, além de não provada concretamente quanto à eventual indisponibilidade de fundos para o atendimento da pretensão inicial, não é suficiente para obstar a concretização do direito constitucional em exame, sobretudo quando notório o fato de que o Poder Público possui verbas de grande vulto destinadas a gastos vinculados a interesses bem menos importantes do que a saúde da população (por exemplo, publicidade, eventos festivos etc.), os quais podem e devem ser, quando necessário, redirecionados para a satisfação de direitos essenciais da população.

40 Voto-vista proferido pelo min. Teori Zavascki no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.197/PR, 2007/0112500-5, Superior Tribunal de Justiça.

41 Essa é uma das disposições do texto do código modelo euro-americano de jurisdição administrativa, elaborado por juristas vinculados à Universidade Federal Fluminense e à Universidade de Ciências Administrativas de Speyer. Também coincide em parte com o texto hoje em discussão no Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, que instituiu comissão específica para elaborar um código modelo de justiça administrativa, sendo presidida por Ada Pellegrini Grinover.

Revista41 100413.indd 198 10/04/2013 12:06:28
Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

Afirmou-se, ainda, que

> (...) não se está diante de intromissão indevida do Poder Judiciário em esfera de atuação reservada aos demais Poderes, mas, ao contrário, de atuação judicial de natureza prestacional positiva calcada em relevante fundamento constitucional e na omissão ilegal do Poder Público em seu atendimento, sem que este tenha, concretamente, apresentado qualquer fundamento minimamente oponível à sua concretização[42].

De fato, a falta de recursos orçamentários específicos jamais pode constituir um obstáculo ao reconhecimento judicial dos direitos subjetivos em matéria de saúde pública; sequer à execução forçada de sentenças contra a Administração Pública[43]. O orçamento público é um ato essencialmente político que depende de lei. Portanto, não é crível que se imagine que a proteção judicial dos direitos subjetivos dependa de vontade política do Poder Legislativo ou do Executivo quanto à elaboração do orçamento, pois seria o mesmo que esvaziar o princípio do Estado de Direito.

Contudo, o que pode ser considerado, não para o reconhecimento do direito subjetivo, mas visando a conferir efetividade à execução da sentença ou da decisão de urgência, são os recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis pela Administração Pública, tais como: a falta de profissionais especializados, de leitos em hospitais, de aparelhagem para tratamentos e exames etc. Isso porque, em geral, a realização judicial dos direitos dos demandantes não pode atingir bens ou serviços necessários à continuidade de uma atividade pública essencial, impondo-se, assim, a busca de um equilíbrio entre os interesses privados e o interesse público.

Na esfera processual, porém, a especificidade do tema decorre do fato de o direito público à saúde ser reclamado predominantemente por medidas judiciais de urgência, no âmbito das quais a declaração judicial do direito material e sua correspondente execução se confundem no tempo, de modo que a ponderação entre os interesses privado e público será uma condição a mais ao deferimento da medida, ao lado do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

---

42 Proc. APELREEX 7917-SE, 2009.85.00.001348-8, rel. juiz Rogério Fialho Moreira, 14 jan. 2010.

43 PERLINGEIRO, 1999.

Revista41 100413.indd 199 10/04/2013 12:06:28

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

6. Considerações finais

Em resumo:

1. A judicialização das políticas de saúde não excepciona o princípio da tripartição de poderes, sendo dever do Judiciário proteger os direitos subjetivos, exercendo jurisdição plena sobre a Administração Pública, inclusive mediante o controle de suas faculdades discricionárias, ainda que de conteúdo científico.

2. A falta de orçamento público não é óbice ao reconhecimento judicial de direitos públicos em matéria de saúde, apesar de a impossibilidade material no cumprimento dessa decisão ser considerada uma escusa legítima por parte da Administração Pública. Diante da falta de recursos públicos, especialmente de recursos materiais e humanos, os tribunais devem ponderar entre o interesse privado e o interesse público previamente ao deferimento das medidas de urgência sobre direito à saúde.

3. Na medida em que o número de causas em matéria de saúde pública justifique, deve-se pensar em órgãos jurisdicionais especializados e até mesmo com uma composição multidisciplinar, reunindo profissionais com formação na área da saúde, em prol de uma jurisdição de qualidade, notadamente sobre questões administrativas de cunho científico.

4. O sistema brasileiro de ações coletivas não é adequado nem eficaz à proteção dos direitos subjetivos públicos e, consequentemente, dos direitos de saúde. As causas de direito à saúde – se fundadas em políticas públicas – devem ensejar uma decisão única e de alcance geral, de modo a impedir que o Judiciário sirva de instrumento para romper com o dever da Administração Pública de observar a isonomia.

5. Um tribunal ou órgão judicial único e especializado com composição multidisciplinar – no âmbito federal ou no âmbito de cada Estado, para decidir sobre políticas de saúde federais, estaduais ou municipais, mesmo que questionadas incidentalmente em pretensões individuais – poderia contribuir, a um só tempo, para a observância do princípio da isonomia, para a diminuição dos processos repetitivos e para a qualidade da jurisdição em matéria de saúde pública.

Finalmente, vale registrar que, com exceção da proposta de especialização de órgãos jurisdicionais em matéria de saúde, as demais conclusões demonstram que a "judicialização das políticas de saúde" e a proteção judicial do direito público à saúde podem ser conduzidas eficiente-

Revista41 100413.indd 200 10/04/2013 12:06:29
Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

mente pelos princípios fundamentais da atuação jurisdicional em face da Administração Pública, não reclamando, nesse ponto, regras processuais distintas ou especiais.

7. Referências bibliográficas

ABERASTURY, Pedro. *La justicia administrativa*. Buenos Aires: Lexis, 2006.

ADLER, Michael. *Administrative justice in context*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, v. 34, p. 11-43, 2009.

BLANKE, Hermann-Josef; STERN, Klaus. *Verwaltungsprozessrecht in der Klausur*. Munchen: Verlag CH Beck, 2008.

BRADLEY, A. W.; EWING, K. D. *Constitutional and administrative law*. 14. ed. Londres: Longman, 2007.

BREWER-CARIAS, Allan. *Contencioso administrativo*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito processual público*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BUSTILLOS, Lorena Ossio. Introducción a los fundamentos del derecho procesal social en Alemania: jurisdicción y seguridad social. In: SEMINÁRIO ESTADO DE CARINGELLA, Francesco. *Corso di diritto processuale amministrativo*. Milão: Giuffrè, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Lexis, 2006. t. 1.

_____. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Madri: Marcial Pons, 2009.

_____. PÉREZ, Jesús Gonzaléz. *La justicia administrativa en Iberoamerica*. Buenos Aires: Lexis, 2005.

CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*. 12.ed. Paris: Montchrestien, 2006.

CHINER, María Jesús Montoro (Org.). *La justicia administrativa*. Bacelona: Atelier, 2003.

Revista41 100413.indd 201 10/04/2013 12:06:29

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Las transformaciones de la justicia administrativa*. Madri: Civitas, 2007.

FRANCO, Enrique Rojas. *Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica*. São José de Costa Rica: Editorama, 2008.

GARAY, Alberto F. *La igualdad ante la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto. *Da justiça administrativa em Portugal*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1994.

GILARDI, Janet Tello (Org.). *Jurisprudencia sobre la protección del derecho a la salud en cuatro países andinos y en el sistema interamericano*. Lima: Ediciones Nova Print SAC, 2007.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2010. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, v. 164, pp. 9-28, 2008.

_____. WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HOYOS, Arturo. *El derecho contencioso-administrativo en Panamá*. Panamá: Sistemas Jurídicos, 2005.

JARAMILLO, Carlos Betancur. *Derecho procesal administrativo*. Bogotá: Señal Editora, 2002.

MARTÍNEZ, Augusto Duran. *Contencioso administrativo*. Montevidéu: Fundación de Cultura Universitaria, 2007.

NUPEJ. *Anais…Niterói*: Direito: Direito Administrativo e Justiça Administrativa na América Latina, O Processo na Justiça Administrativa. Universidade de Erfurt/Universidade Federal Fluminense (Núcleo de Ciências do Poder Judiciário/Nupej), 2010.

OBSERVATOIRE DES MUTATIONS INSTITUTIONNELLES ET JURIDIQUES *Administrative justice in Europe*. Paris: PUF, 2007.

PENALVA, Ernesto Pedraz. *Introducción al derecho procesal penal*. 2.ed. Managua: Editorial Hispamer, 2002.

PERLINGEIRO Mendes da, Ricardo. A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PRO-

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121

CESAL, 27, 2007, Bogotá. *Anais*... Bogotá: Universidad Libre, 2007. p. 919-938.

_____. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. SOMMERMANN, Karl-Peter; BLANKE, Hermann-Josef. *Código de jurisdição administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11691&Itemid=1225>. Acesso em: dez. 2010.

TAPIA, Ramón A. Huapaya. *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Lima: Jurista Editores, 2006.

TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006.

VAZQUEZ, Javier Barnes. *La justicia administrative en el derecho comparado*. Madri: Civitas, 1993.

ZIEKOW, Jan; SODAN, Helge. *Verwaltungsgerichtsordnung Grosskommentar*. Baden-Baden: Nomos, 2006.

Recebido em novembro de 2012
Aprovado em dezembro de 2012

Revista41 100413.indd 203 10/04/2013 12:06:29

Electronic copy available at: https://ssrn.com/abstract=2250121